

De Principles of European Contract Law en Common Law en Civil Law

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2001). De Principles of European Contract Law en Common Law en Civil Law. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 235-243.

Document status and date:

Published: 01/01/2001

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Verschenen in: WPNR 6436 (2001), p. 235-243

De Principles of European Contract Law en Common Law en Civil Law

Prof. mr J.M. Smits*

Abstract:

Het opstellen van beginselen van Europees privaatrecht (zoals in de recent verschenen Principles of European Contract Law) draagt zeker bij aan de wording van het Europees privaatrecht, maar de betekenis ervan mag niet worden overschat. Beginselen zien als voorloper van een Europees BW gaat te ver. Met name het verschil tussen civil law en common law blijft moeilijk te overbruggen. In het licht van het Europees privaatrecht worden de PECL en Zwolve's recent verschenen boek Common Law & Civil Law besproken.

Inleiding

1. De tot nu toe belangrijkste methode van eenwording van privaatrecht in Europa, is die door middel van Europese richtlijnen. In de vorige door mij verzorgde aflevering van deze rubriek¹ besteedde ik hieraan aandacht. Thans wordt ingegaan op een andere methode van totstandkoming van een Europees privaatrecht, namelijk het gebruik van *Principles*. Daar is alle reden toe nu in het jaar 2000 de belangrijke *Principles of European Contract Law*² het licht zagen. Ook verschenen reeds beginselen van Europees trustrecht³ en wordt onder leiding van J. Spier gewerkt aan beginselen van Europees onrechtmatige daadsrecht.⁴ Ook het zogenaamde *European Civil Code project*⁵ onder leiding van Chr. von Bar kan als een Principles-project worden beschouwd. Daarnaast besteed ik aandacht aan een daaraan gerelateerd thema, namelijk de mate waarin het onderscheid tussen civil law en common law in de weg staat aan de totstandkoming van een uniform Europees privaatrecht. Ook daar is een concrete aanleiding voor, namelijk het verschijnen van Zwolve's *Common Law & Civil Law*.⁶ De kloof tussen civil law en common law wordt algemeen beschouwd als een van de belangrijkste obstakels voor het succesvol functioneren van Europese beginselen van privaatrecht. Mijn exposé over beide onderwerpen is wederom aanleiding voor enkele zijsporen. Centraal staan echter beide werken, die elk op hun eigen wijze trachten om een *middel van communicatie* te introduceren voor Europeanen die zich bezig houden met het privaatrecht: de PECL zoeken dat middel in Europese beginselen, Zwolve zoekt het in het Romeinse recht.

2. Bekend is dat aan het gebruik van Europese richtlijnen als methode van privaatrechts-eenwording de nodige nadelen kleven. Vier nadelen worden algemeen onderkend. In de eerste

* Jan Smits is hoogleraar Europees Privaatrecht aan de Universiteit Maastricht.

¹ J.M. Smits, Europees privaatrecht en rechtsvergelijking, WPNR 6399 (2000), p. 281 v. De tweede aflevering, verzorgd door J.H.M. van Erp, verscheen in WPNR 6408 (2000), p. 473 v.

² Ole Lando/Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law Parts I and II*, The Hague 2000. Zie ook <http://www.ufsia.ac.be/~estorme/PECL.html>.

³ D.J. Hayton e.a. (eds.), *Principles of European Trust Law*, The Hague 1999.

⁴ Binnen het project *Principles of European Tort Law* verschenen H. Koziol (ed.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, The Hague 1998 en J. Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Causation*, The Hague 2000.

⁵ Zie daarover Chr. von Bar, *The Study Group on a European Civil Code*, Tijdschrift uitgeven av Juridiska Föreningen i Finland 2000, p. 323 v.

⁶ C. AE. Uniken Venema's *Common Law & Civil Law*; Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht, Deventer 2000.

plaats is optreden van de Europese organen slechts mogelijk indien daartoe een expliciete competentie bestaat in het EG-Verdrag. In het verleden is daartoe met name art. 95 EG-V gebruikt, dat maatregelen inzake 'de instelling en de werking van de interne markt' mogelijk maakt. Dat heeft geleid tot een gefragmenteerd Europees privaatrecht: slechts enkele onderdelen in het privaatrechtelijk systeem worden gedekt door richtlijnen.⁷ Een ander nadeel van het gebruik van richtlijnen is de vrijheid die deze laten aan de lidstaten, waardoor voor een buitenstaander vaak onduidelijk is op welke wijze implementatie precies heeft plaatsgevonden. Ten derde zijn de thans bestaande richtlijnen niet bepaald een harmonisch geheel dat vrij is van tegenstrijdigheden. Zo verschillen de definities van wat een consument is soms per richtlijn. Ten slotte worden de richtlijnen vaak beschouwd als een vreemde eend in de bijt van de nationale rechtsstelsels, als Europese enclaves in een overigens consistent nationaal geheel.

Met name de laatste twee bezwaren doen zich in de praktijk sterk gevoelen. Vandaar dat steeds meer pogingen worden gedaan om aan de richtlijnen een meer omvattend kader te verschaffen. Heel recent (november 2000) vond een hoorzitting plaats van de Commissie juridische zaken en interne markt van het Europees Parlement,⁸ waarin een rapport van Klaus-Heiner Lehne werd besproken. Lehne signaleert daarin met name de geringe rationaliteit van de bestaande richtlijnen op het terrein van het privaatrecht en de geringe samenhang met nationale rechtsordes en stelt daarom voor om de bestaande richtlijnen op het terrein van het burgerlijk recht te bundelen tot een 'gestroomlijnde' en 'uniforme tekst' en die als eerste 'grondsteen' van een Europees BW in te voeren. Dat zou volgens hem (samen met de regeling van een aantal andere gebieden van belang voor de interne markt) een 'kristallisatiepunt' voor een Europees BW kunnen zijn. Lehne weet zich in zijn pleidooi voor een Europees BW gesteund door de publicatie van de *Principles of European Contract Law* in 2000, een tekst die als een der expliciete doelstellingen heeft om als voorloper van dit Europees BW te dienen. De ontstaansgeschiedenis van deze beginselen is genoegzaam bekend,⁹ reden waarom onmiddellijk kan worden overgegaan tot een bespreking van hun doelstelling en inhoud.

De doelstelling van de PECL

3. In de visie van de *Commission of European Contract Law* hebben de PECL vier doelen¹⁰; ik onderscheid deze in drie doelen voor de korte termijn en een doel voor de lange termijn. Deze doelen worden in het navolgende kritisch besproken.

Een eerste doel is volgens de ontwerpers dat zij partijen de mogelijkheid bieden hun overeenkomst te laten beheersen door een set neutrale beginselen.¹¹ Zij kunnen de PECL dus als de voorwaarden waaronder zij contracteren van toepassing verklaren ('This contract is subject to the Principles of European Contract Law'). Uiteraard blijft het dwingende nationale recht (dat bijvoorbeeld krachtens het IPR van toepassing is) gelden.¹² Vraag is uiteraard of deze visie van de ontwerpers in de praktijk haalbaar is. Wel in zoverre dat contratspartijen de PECL kunnen overnemen als hun contractsvoorwaarden onder een nationaal rechtstelsel. Maar kunnen partijen

⁷ Zie voor dit bezwaar van ad hoc harmonisatie vooral Hein Kötz, A common private law for Europe, in: De Witte/Forder (eds.), *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, Deventer 1992, p. 31 v.

⁸ Werkdocument over de harmonisatie van het burgerlijk en handelsrecht van de lidstaten, DT424755NL.doc, PE 294.922. Vgl. OJ425469NL.doc, PE 294.924?rev.

⁹ Over de PECL in Nederland bijv. themanummer NTBR 17 (2000), p. 427 v.; D. Busch/E.H. Hondius, Een nieuw contractenrecht voor Europa, NJB 75 (2000), p. 837 v.; B. Wessels, Enkele opmerkingen over de betekenis van de 'UNIDROIT Principles for international commercial contracts' en de 'Principles of European contract law' in de adviespraktijk, NTBR 13 (1996), p. 75 v.; Europees contractenrecht (BW-krant Jaarboek 1995), Arnhem 1995; K. Boele-Woelki, *Principles en IPR*, rede Utrecht 1995.

¹⁰ Lando/Beale, o.c., p. xxiii en art. 1:101.

¹¹ 'Express Adoption by the Parties', p. xxiii, 96 en art. 1:101 (2).

¹² Aldus ook art. 1:103 PECL.

ook een rechtskeuze doen voor de PECL in plaats van voor een nationaal stelsel? In geval van een internationale overeenkomst geldt het EVO 1980,¹³ dat in art. 3 (impliciet) uitgaat van de toepasselijkheid van alleen een *nationaal* stelsel; diverse auteurs hebben inmiddels echter betoogd dat een rechtskeuze voor de PECL wel degelijk mogelijk is.¹⁴ Ik voeg mij bij hen, doch vraag me af of een dergelijke keuze verstandig is: over de wijze van toepassing van de PECL tast de rechter immers in het duister nu rechtspraak vooralsnog ontbreekt. Dat bevordert de rechtszekerheid in de contractsverhouding niet.

Ten aanzien van de in 1994 verschenen Unidroit Principles of International Commercial Contracts (UP),¹⁵ een set beginselen die qua inhoud veel gelijkenis vertoont met de PECL, beschrijft Bonell¹⁶ de eerste ervaringen met het gebruik ervan. Juist de UP – die anders dan de PECL beogen van dienst te zijn voor contractanten uit de gehele wereld – zouden van toepassing kunnen worden verklaard in geval van een internationale overeenkomst tussen een partij uit een onderontwikkeld land en een uit een ontwikkeld land (dus in Noord-Zuid en Oost-West-verhoudingen) teneinde toepasselijkheid van het voor de eerste vaak ongunstige rechtstelsel te vermijden. Uit het onderzoek van Unidroit naar het feitelijk gebruik van de UP (op grond van een in 1997 verzonden questionnaire), bleek dat 27% van de respondenten de UP wel eens toepasbaar had verklaard (doch daarvan kon 50% worden gekwalificeerd als Noord-Noord relaties). Vooralsnog verwacht ik dat partijen de PECL vooral als *checklist* zullen gebruiken en deze niet zozeer direct van toepassing zullen verklaren op hun contract.

4. In de tweede plaats is voorzien dat de PECL een model bieden voor wetgevers en een houvast voor rechters en arbiters die een nationaal rechtstelsel moeten toepassen.¹⁷ De functie van een model voor wetgevers is bekend: ook de UP hebben al model gestaan voor delen van het BW van de Russische Federatie, het nieuwe Chinese contractenwetboek en voor codificatieprojecten in Israël en Indonesië. En ook in het Duitse voorstel tot herziening van een deel van het verbintenissenrecht¹⁸ hebben de UP een rol gespeeld. Die rol zal vanaf nu ook worden vervuld door de PECL.

Voor de dagelijkse praktijk van groter belang is dat de PECL een inspiratiebron voor rechter en arbiter (maar ook voor de advocaat) kunnen zijn. Belangrijk is dat de rechter het nationale recht kan interpreteren tegen de achtergrond van de PECL.¹⁹ De PECL bestaan deels uit regels die de 'common core' aangeven van de Europese rechtstelsels, deels ook uit 'progressieve' regels die door de ontwerpers van zodanige kwaliteit werden geacht dat ze als voorbeeld worden voorgehouden aan nationale juristen (zoals art. 6:111 PECL, dat een uitgebalanceerde regeling van onvoorziene omstandigheden biedt, die evenwel in geen enkel Europees land als zodanig bestaat). Ook kan een overeenkomst die aan arbitrage is onderworpen met toepassing van de 'lex mercatoria' of 'general principles of law' door arbiters worden uitgelegd met toepassing van de PECL.

¹³ Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Trb. 1980, 156.

¹⁴ Vgl. Note 3 (b) bij Art. 1:101 PECL en zie vooral K. Boele-Woelki, Principles en IPR, rede Utrecht 1995.

¹⁵ Rome 1994.

¹⁶ M.J. Bonell, The Unidroit Principles in Practice: The Experience of the First Two Years, ULR 1997, p. 34 v. Zie ook <http://www.unidroit.org/english/principles/pr-exper.htm>.

¹⁷ 'A Modern Formulation of a Lex Mercatoria' en 'A Model for Judicial and Legislative Development of Contract Law', p. xxiv, 96 v. en art. 1:101 (3) en (4). Deze beide doelen zijn hier samen genomen.

¹⁸ Zie thans het Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (<http://www.bmj.bund.de>).

¹⁹ Bonell, p. 11 v. biedt voorbeelden van interpreterende werking van de UP, waaronder Rb. Zwolle 5 maart 1997, NIPR 1997, p. 282, waar het begrip 'good faith' van art. 7 CISG werd uitgelegd tegen de achtergrond van het 'good faith'-begrip van art. 1.7 UP.

Inmiddels komen in enkele Nederlandse uitspraken verwijzingen voor naar UP of PECL, zowel in de conclusie van de Advocaat-Generaal als in het cassatiemiddel.²⁰ Bij de bekende strijdvraag of de eis van *fundamental non-performance* in het Nederlandse recht heeft te gelden bij ontbinding (art. 6:265 BW), is bijvoorbeeld art. 7.3.1 UP aangevoerd in het middel, doch tot nu toe zonder succes.²¹ Ook bij de vraag of de precontractuele aansprakelijkheid in Nederland werkelijk zo ver dient te gaan als in Plas/Valburg werd gesuggereerd – in internationaal opzicht is Nederland hier een buitenbeentje – kunnen de PECL een rol spelen: art. 2:301 is veel terughoudender dan het Nederlandse recht.

5. Een derde doel van de PECL is dat zij als houvast kunnen dienen voor organen van de Europese Unie zelf die Europese wetgeving moeten opstellen en voor rechters, arbiters en juridische adviseurs die deze Europese wetgeving moeten toepassen.²² Hier kunnen de PECL inderdaad een kader scheppen voor de gefragmenteerde en ongecoördineerde harmonisering door richtlijnen. Wil deze doelstelling worden verwezenlijkt, dan moeten richtlijnen en PECL echter wel op elkaar kunnen aansluiten. De tekenen dat dit het geval zal zijn, zijn vooralsnog afwezig.

Enerzijds geldt dat als het doel van de PECL is om een kader bieden voor *al bestaande* richtlijnen, die ook zouden moeten zijn verwerkt in de PECL. Dat is echter maar zeer ten dele geschied. In de PECL zelf wordt slechts melding gemaakt van de richtlijn inzake de zelfstandige handelsagent²³ en die inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.²⁴ De laatste heeft met name art. 4:110 (1) PECL beïnvloed dat in vrijwel gelijklopende bewoordingen als art. 3 Richtlijn stelt dat

'A party may avoid a term which has not been individually negotiated if, contrary to the requirements of good faith and fair dealing, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract to the detriment of that party (...)'.

Opvallend is wel dat deze bepaling, anders dan de richtlijn, ook van toepassing is op niet-consumentenovereenkomsten, zodat de rechterlijke interventie bij onredelijk bezwarende bedingen in de PECL aanzienlijk verder gaat dan in de richtlijn.²⁵

Anderzijds zou het zo moeten zijn dat in *nieuwe* richtlijnen rekening wordt gehouden met de PECL. Ook dit is tot op heden niet het geval. Als voorbeeld mag de Richtlijn inzake verkoop van en garanties voor consumptiegoederen²⁶ gelden. Die richtlijn schept een regime van acties van de consument-koper in geval van non-conformiteit van het gekochte. Daartoe wordt onder meer een getrappt stelsel van enerzijds herstel en vervanging en anderzijds vermindering van de prijs en ontbinding gecreëerd.²⁷ De PECL gaan in art. 8:101 (een bepaling die al stamt uit 1995, lang voor de richtlijn tot stand kwam) echter uit van een vrije keuze van acties. De PECL kunnen moeilijk de rol van kader vervullen als specifieke regels van richtlijnen zozeer afwijken van de PECL. Alleen als bij het vervaardigen van richtlijnen in de toekomst meer rekening wordt gehouden met de PECL kan het derde doel van de ontwerpers worden vervuld.

²⁰ Bijv. HR 22 september 1995, NJ 1996, 706 en HR 24 november 1995, NJ 1996, 160.

²¹ HR 24 november 1995, NJ 1996, 160. Zie ook HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 208 en HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 met resp. de noten van JH en JBMV, die beiden verwijzen naar art. 9:301 PECL.

²² 'A Foundation for European Legislation', p. xxiii, 95 en art. 1:101 (1).

²³ 86/653, Pb. EG 1986 L 382/17. Zie art. 6:104.

²⁴ 93/13, Pb. EG 1993 L 95/29. Zie ook art. 5:103, dat op het voetspoor van de richtlijn de contra proferentem-regel neerlegt.

²⁵ Blijkens HvJ EG 27 juni 2000, NJ 2000, 730 moet de rechter de bedingen ambtshalve toetsen op hun onredelijkheid. Vgl. TvC 2000, p. 234 v.

²⁶ 1999/44, Pb. EG 1999 L 171/12.

²⁷ Zie daarover J.M. Smits, Naar een nieuw Europees consumentenkooprecht, NJB 75 (2000), p. 1825 v.

6. Ten slotte is er het lange termijn doel dat de PECL als basis voor een harmonisatie van het Europees contractenrecht kunnen dienen.²⁸ Dat doel is mijns inziens van een geheel andere orde dan de drie eerder onderscheiden functies van de PECL. De bovenstaande functies zullen slechts op een zeer trage en gefragmenteerde wijze tot werkelijke eenwording van contractenrecht in Europa leiden. Invoering van de PECL als contractenwetboek zou echter op betrekkelijk eenvoudige wijze uniformiteit doen ontstaan. In de literatuur zijn bediscussieerd de vragen of uniformiteit wenselijk is,²⁹ indien dat het geval is of uniformiteit bij wege van een Europees wetboek of op andere wijze moet én kan worden gerealiseerd,³⁰ en als het bij wege van een Europees wetboek moet, of daartoe dan ook door het EG-Verdrag de bevoegdheid wordt gegeven.³¹

Ik besteed hier enige aandacht aan de tweede vraag en wel door in te gaan op de methode van het formuleren van beginselen. Is dit wel de juiste weg naar een Europees *ius commune*? Diverse argumenten pleiten daartegen.³² Zo kan men zich afvragen of het huidige contractenrecht nog wel door *algemene* beginselen kan worden beschreven: het thans reeds geharmoniseerde privaatrecht heeft immers geleid tot een *verscheiden* contractenrecht, verdeeld naar het *type* contract en naar het *specifiek bestreken* terrein. Zo gelden specifieke regels voor *totstandkoming* van de overeenkomst van consumentenkrediet³³ en van de reisovereenkomst,³⁴ voor de *inhoud* van consumentenovereenkomsten³⁵ en voor *bepaalde* contractuele remedies van de *consument-koper* van *roerende zaken*.³⁶ Het opstellen van beginselen die bedoeld zijn voor *alle overeenkomsten* geeft zich geen rekenschap van deze feitelijk reeds ontstane diversiteit.

Bovendien is de vraag of beginselen wel geschikt zijn om in een toekomstig Europa de rol in te nemen die thans door nationale rechtsstelsels wordt vervuld. Beschouwt men de beginselen als toekomstig recht, dan is onvermijdelijk dat de reeds opgedane nationale *praktische wijsheid* over de juiste methode van beslissen van gevallen zal verdwijnen. Eigen aan beginselen is immers dat zij abstract zijn: beginselen zonder dat daar concrete casus aan zijn gekoppeld, zijn in de rechtspraktijk van weinig waarde. Van de door de PECL geboden twee typen beginselen (expliciete keuzes voor goede oplossingen en *common cores*), is met name bij de laatste het risico groot dat het beginsel een zodanig compromis is dat het geen adequate weergave is van welk nationaal rechtsstelsel dan ook. Ik kom daar onder no. 7 op terug.

Betekent dit alles dat ik afkerig ben van het formuleren van beginselen van Europees privaatrecht? Nee, zeker niet. De drie korte termijn-functies zijn nuttig. Bovendien is er nog een andere functie die door de ontwerpers niet wordt genoemd. Dat is de betekenis die de PECL kunnen hebben voor wetenschap en onderwijs. In mijn visie zijn de PECL vooral daarom belangrijk: zij creëren een gemeenschappelijke taal waarin Europese juristen met elkaar kunnen

²⁸ 'to serve as a basis for any future European Code of Contracts', p. xxiii.

²⁹ Vooral Pierre Legrand heeft dit bestreden. Zie bijv. Against a European Civil Code, MLR 60 (1997), p. 44 v.

³⁰ Voor een overzicht van de methoden J.M. Smits, Europees Privaatrecht in Wording, Antwerpen-Groningen 1999, p. 24 v.

³¹ J. Basedow, Un droit commun des contrats pour le marché commun, RIDC 1998, p. 7 v. acht die bevoegdheid aanwezig in art. 95 EG-V.

³² Ik heb die eerder voor een Engelstalig publiek besproken. Zie J.M. Smits, The Good Samaritan in European Private Law, Deventer 2000 en dez., Editorial, Maastricht Journal of European and Comparative Law 7 (2000), p. 221-223. Zie bovendien voor een argument tegen beginselen, ontleend aan de multiculturalistische samenleving dez., Multiculturalisme en Europees privaatrecht: een pleidooi, NTBR 17 (2000), p. 289 v.

³³ Richtlijn 87/102 inzake het consumentenkrediet, Pb EG 1987 L 42/48.

³⁴ Richtlijn 90/714 inzake pakketreizen, Pb EG 1990 L 158/59.

³⁵ Richtlijn 93/13 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, Pb EG 1993 L 95/29.

³⁶ Richtlijn 1999/44 betreffende de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, Pb EG 1999 L 171/12.

communiceren. Zij zijn zo de tertium comparationis waar nationale stelsels aan afgemeten kunnen worden en aan de hand waarvan het Europees privaatrecht kan worden onderwezen. Beginselen zien als voorloper van een Europees BW gaat mij echter te ver.

De inhoud: Principles en Civil Law en Common Law

7. Bij het bezien van de inhoud van de PECL valt op dat het merendeel van de regels bestaat uit zaken waar de Europese stelsels zozeer in overeenkomen dat de regels nauwelijks verrassend kunnen worden genoemd. Dat contractsvrijheid bestaat (art. 1:102), dat wilsovereenstemming nodig is voor totstandkoming (art. 2:101) en dat de overeenkomst bij niet-nakoming kan worden ontbonden (art. 9:301) is evident. Slechts in een aantal gevallen zijn expliciete keuzen gemaakt uit tegenstrijdige oplossingen, met name waar verschil bestond tussen de civil law en de common law-oplossing. Hoewel het Engels contractenrecht op hoofdlijnen overeenkomt met dat van continentaal Europa, zijn er enkele in het oog springende verschillen. Ik noem de eis van *consideration* voor de totstandkoming van een geldige overeenkomst, de afwezigheid van een algemene norm van redelijkheid en billijkheid, de principiële herroepelijkheid van het aanbod, de eigen dwalings-, interpretatie- en overmachtsleer en de subsidiariteit van de actie tot nakoming (*specific performance*). De ontwerpers van de PECL moesten hier trachten tot een voor beide rechtsfamilies acceptabele oplossing te komen. Ik bespreek hier enkele artikelen waaruit het compromis-karakter van de PECL duidelijk wordt. Een goed voorbeeld is art. 2:301 PECL inzake de precontractuele aansprakelijkheid. Het artikel luidt:

'1. A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.

2. However, a party which has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party.

3. It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party'.

Ik vraag mij af of deze benadering recht doet aan het fundamentele onderscheid dat bestaat tussen de civil law- en de common law-benadering van de overeenkomst. De House of Lords heeft in 1992³⁷ onomwonden vastgesteld dat het Engelse recht geen algemene plicht kent om naar redelijkheid en billijkheid te onderhandelen.³⁸ Dat is consistent met de Engelse benadering van de overeenkomst, die de vrijheid van (aspirant-) contractspartijen op het eerste plan zet. De continentale rechtssystemen benadrukken daarentegen meer de plicht om ook met de belangen van de wederpartij rekening te houden, hetgeen per rechtssystemen steeds verschillend is uitgewerkt.³⁹ Het is lastig om beide benaderingen in een uniform beginsel neer te leggen. Art. 2:301 PECL slaagt daar naar mijn mening ook niet in. Het beginsel van lid 1 wordt door alle rechtssystemen aanvaard; hetzelfde geldt voor lid 3, maar daarvoor behoeft de grondslag niet in een aparte precontractuele aansprakelijkheid te worden gezocht omdat de wederpartij op kosten jagen terwijl men weet met die partij sowieso niet in zee te zullen gaan, in heel Europa onrechtmatig is. Enkel lid 2 lijkt een keuze voor de civil law in te houden nu het rept van 'good faith', maar nu het Engelse recht een aansprakelijkheid in de onderhandelingsfase niet kent, kan het ook uitstekend leven met dat lid leven. Daarmee is het artikel een weinigzeggend compromis. Het enige punt waarop het wel een keuze maakt, is dat enkel de 'losses' in aanmerking komen voor vergoeding. Daarmee is de vergoeding van gederfde winst – zoals in Nederland blijkt het arrest Plas/Valburg⁴⁰ wel mogelijk is – uitgesloten. De waarde van art. 2:301 moet daarom mijns inziens vooral daarin worden gezocht dat het een ijkpunt is aan de hand waarvan met de nationale

³⁷ Walford v. Miles [1992] 1 All ER 453.

³⁸ Zie algemeen M.W. Hesselink, De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht, Deventer 1999, p. 67 v.

³⁹ Zie voor Nederland HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp).

⁴⁰ HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723.

stelsels kan worden vergeleken, maar dan zijn we terug bij de functie van beginselen als *taal* voor juristen uit diverse landen.

Een ander voorbeeld van een mijns inziens ongelukkige regel is die over specific performance in art. 9:102 PECL. De regel luidt:

'1. The aggrieved party is entitled to specific performance of an obligation other than one to pay money, including the remedying of a defective performance.

2. Specific performance cannot, however, be obtained where:

(a) performance would be unlawful or impossible; or

(b) performance would cause the debtor unreasonable effort or expense; or

(c) the performance consists in the provision of services or work of a personal character or depends upon a personal relationship, or

(d) the aggrieved party may reasonably obtain performance from another source. (...)'

In het Engelse recht is het in rechte vorderen van nakoming enkel mogelijk als schadevergoeding geen adequate actie is en nakoming dus 'more perfect and complete justice' doet. In de civil law is dat uiteraard geheel anders: uit het beginsel van *pacta sunt servanda* vloeit voort dat nakoming de primaire actie is; die is slechts uitgesloten in geval nakoming niet mogelijk is of een te grote persoonlijke inzet van de debiteur vergt. Art. 9:102 PECL tracht beide visies te verenigen door in lid 1 het civil law-beginsel te aanvaarden en vervolgens in lid 2 zoveel uitzonderingen op te nemen dat uiteindelijk de common law-visie dicht wordt genaderd. De regels sub a-c worden immers door beide rechtstradities aanvaard, maar het geval sub d is typisch common law: de crediteur heeft geen recht op nakoming indien hij redelijkerwijs elders nakoming kan verkrijgen (bijv. door een dekkingskoop te sluiten). Aardig is dat het Engelse recht en de civil law-stelsels met eenzelfde redenering tot geheel tegengestelde resultaten komen: waar de common law stelt dat het in zo een geval eenvoudig is voor de *crediteur* om nieuwe zaken te kopen (en dus genoeg moet nemen met schadevergoeding), stelt de civil law dat dan de *debiteur* zich die maar moet aanschaffen alvorens ze door te verkopen aan de crediteur.

Zowel art. 2:301 als art. 9:102 PECL vind ik typerend voor de beginselen-benadering: het geformuleerde compromis is zo algemeen dat alle stelsels er mee in kunnen stemmen met als gevolg dat uniformiteit niet wordt gecreëerd. In dat opzicht gaan de PECL voorbij aan de dieper liggende verschillen (soms aangeduid als 'rechtscultuur') tussen de Europese rechtssystemen; die verschillen zijn niet met een uniforme tekst te elimineren. Een grondige kennis van andere stelsels dan het eigen is daartoe echter nodig. In het tweede gedeelte van deze bijdrage besteed ik daarom aandacht aan een werk dat beoogt om de common law toegankelijk te maken voor de Nederlandse jurist.

Zwalve's Common Law & Civil Law

8. De zojuist besproken bezwaren tegen de beginselen-benadering krijgen uiteraard pas reliëf indien men zich verdiept in de achtergrond van de common law. Onlangs verscheen een werk dat beoogt om de Nederlandstalige lezer een inleiding te bieden in de common law van Engeland en (in mindere mate) van de Verenigde Staten. Het is de bewerking door W.J. Zwalve van twee boeken van C.A.E. Uniken Venema over het Anglo-Amerikaans recht.⁴¹ Zwalve is, behalve hoogleraar Historische ontwikkeling van het recht te Leiden, de opvolger van Uniken Venema op de Groningse leerstoel voor Anglo-Amerikaans recht en dus bij uitstek geschikt om een bewerking van beide boeken te verzorgen. Beide werken zijn door Zwalve grotendeels herschreven, met meer aandacht voor rechtspraak dan in de oorspronkelijke werken en met verwerking van enkele recente ontwikkelingen. Doel van het boek blijft echter om een inleiding te bieden in het begrippenapparaat van de common law, primair bestemd voor gevorderde

⁴¹ C.A.E. Uniken Venema, *Van common law en civil law*, Zwolle 1971; dez., *Law en Equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht*, Zwolle 1990.

studenten en 'civilisten op de academies'.⁴² Het boek biedt hiertoe, in bijna 700 bladzijden, een bespreking van de geschiedenis en de kenmerken van de common law (deel I), van het recht inzake 'real and personal property' (deel II), Trusts and Trustees (deel III), Torts and Contracts (deel IV) en van Agency en Restitution (deel V). In het navolgende eerst iets over de door Zwolve gehanteerde methode (no. 9), daarna over de inhoud van het boek (no. 10-14).

9. De door Zwolve in het boek⁴³ gehanteerde methode kan – naar de ondertitel van het mede door Zwolve geredigeerde tijdschrift *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*⁴⁴ – worden omschreven als die van 'rechtsvergelijking op historische grondslag'. Deze methode poogt om de overeenkomsten en verschillen tussen de huidige (Europese) rechtsstelsels terug te voeren op al dan niet commune rechtshistorische wortels. Meestal liggen die wortels in de periode van het *ius commune*, terwijl de eventuele verschillen niet zelden zijn ontstaan met de opkomst van de natie-staat en de daarop volgende codificatie van het 'nationaal' privaatrecht. Als nadeel van deze methode geldt echter algemeen dat de verleiding op de loer ligt om het verleden anachronistisch te interpreteren en aldus tezeer de overeenkomsten tussen vroeger en heden te benadrukken.⁴⁵ In het geval van onderzoek naar de common law komt daar nog bij dat een gemeenschappelijk historisch verleden van civil law en common law grotendeels ontbreekt. Dat maakt de comparatief-historische methode moeilijker toepasbaar dan bij onderzoek naar de civil law alleen.

Toch past Zwolve deze methode ook in dit boek toe: hij beoogt aldus om 'een brug te slaan' tussen civil law en common law met het Romeins recht als tertium comparationis.⁴⁶ Nu het boek primair voor de Nederlandse jurist is geschreven, betekent dit dat het continentaal-Europese recht wordt gebruikt om het Engelse recht te verklaren: Zwolve beoogt letterlijk een 'vertaling' van de common law in civil law termen.⁴⁷ Het portret van Blackstone (die het Engelse recht in zijn *Commentaries* immers op Romeinsrechtelijke wijze systematiseerde) op het omslag getuigt daarvan. Deze methode is eerder toegepast door onder meer B.S. Markesinis, maar dan andersom, namelijk door het Duitse recht in common law-termen te beschrijven.⁴⁸ Zwolve poogt dus noch om een nationaal rechtssysteem te begrijpen in termen van dat land zelf (volgens Legrand⁴⁹ de enige verantwoorde methode van rechtsvergelijking, maar in de praktijk nogal moeilijk te realiseren), noch in puur functionele termen (waarbij een geheel autonoom begrippenapparaat wordt opgebouwd als tertium comparationis om een stelsel aan af te meten).⁵⁰

Bij de vorming van een Europees privaatrecht kan Zwolve's methode zeker goede diensten bewijzen. Zoals de ontwerpers van beginselen de voor de ontwikkeling van een Europees privaatrecht noodzakelijke gemeenschappelijke taal zoeken in beginselen, zoekt Zwolve die in het Romeinse recht. Ik acht het – zoals gezegd – echter onwaarschijnlijk dat ook Engelse

⁴² Zwolve, p. 9.

⁴³ Maar ook in zijn andere werk. Zie bijv. W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht: I Inleiding en zakenrecht*, Groningen 1993 (met hetzelfde motto, ontleend aan Coke, als het onderhavige boek; dit was al het motto van Uniken Venema's *Van common law en civil law*) en het recente *Qui solvit alii: beschouwingen over betaling aan inningsonbevoegden*, Den Haag 2000.

⁴⁴ *Magazijn voor Leerstellige Rechtsvergelijking op Historische Grondslag* (verschijnt sinds 1984).

⁴⁵ Zie voor die kritiek, onder meer op het werk van Zimmermann, Pia Caroni, *Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit; Anmerkungen zum Neo-Pandektismus*, *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 1994, p. 85 v.

⁴⁶ Zwolve, p. 9.

⁴⁷ Zwolve, p. 9.

⁴⁸ Zie zijn *The German Law of Obligations*, bestaande uit Vol. I: *The Law of Contracts and Restitution: a Comparative Introduction*, Oxford 1997 en Vol. II: *The Law of Torts: A Comparative Introduction*, Oxford 1997 (= idem aan 3rd ed. 1994, gepubliceerd als *A Comparative Introduction to the German Law of Torts*).

⁴⁹ Bijv. Pierre Legrand, *Le droit comparé*, Paris (PUF) 1999.

⁵⁰ In Nederland recent nog op zeer consequente wijze beproefd door C.E.C. Jansen, *Towards a European building contract law*, diss. KUB 1998.

juristen het begrippenapparaat van het continentale *ius commune* als taal van communicatie kunnen gebruiken. Dat in het verleden ook het Romeinse recht invloed heeft gehad op het Engelse recht doet daar niet aan af.

10. In deel I biedt Zwalve een klassieke introductie in de geschiedenis en de karakteristieken van de common law. Aan de orde komen bijvoorbeeld de *writs*, het onderscheid tussen common law en equity, de concurrentie tussen rechterlijke instanties, het *Law French*, de invloed van Blackstone en Bentham, het precedentenstelsel, de huidige rechterlijke organisatie, de plaats van de wet en de wijze van Law Reporting. Een apart hoofdstuk is gewijd aan het Amerikaanse recht, dat zich na 1776 onafhankelijk van dat in Engeland ontwikkelde. Verhelderend (althans voor wie thuis is in het Romeinse recht) is de parallel die Zwalve trekt tussen het duo common law en equity enerzijds en het duo *ius civile* en *ius praetorium* anderzijds.⁵¹ In beide gevallen werd een star rechtstelsel door respectievelijk de *Lord Chancellor* en de *praetor* aangevuld en gecorrigeerd omwille van de billijkheid. Verschil is wel dat de praetor geen eigen gerechtshof had en de Lord Chancellor (althans tot 1873) wel; die zelfstandige plaats van equity-rechtspraak verklaart waarom in het Engelse recht twee rechtssystemen naast elkaar kwamen te staan, wat zich tot op de dag van vandaag doet gevoelen in het materiële recht omdat men behalve de common law steeds ook de equity-rechtspraak moet bestuderen om een compleet beeld te krijgen. Zwalve verklaart hiermee terecht ook het bestaan van gesplitste eigendom in het Engelse recht, waar de civil law een unitair eigendomsbegrip tot ontwikkeling bracht.⁵²

De introductie is in die zin klassiek dat voor de recente tendens van ‘continentalisering’ van het Engelse recht weinig aandacht bestaat. Dat blijkt bijvoorbeeld bij Zwalve’s bespreking van de interpretatie van de wet naar Engels recht.⁵³ Traditioneel wordt hier de ‘literal approach’ gehanteerd: de woorden van de wet zijn bepalend en te rade gaan bij de parlementaire geschiedenis is uitgesloten. Zwalve’s vermelding dat hier zeer recent enige verandering in is gekomen doet mijns inziens geen recht aan de ontwikkeling sinds *Pepper v. Hart* uit 1993.⁵⁴ Ook de plaats van de rechtswetenschap in Engeland is inmiddels meer veranderd dan Zwalve het doet voorkomen.⁵⁵

11. Het wekt geen verbazing dat Zwalve het materieelrechtelijk gedeelte van zijn boek aanvangt met het goederenrecht, meer in het bijzonder dat inzake onroerende zaken. Het is historisch beschouwd de kern van het Anglo-Amerikaans vermogensrecht (zoals elk rechtstelsel aanvangt met het regelen van rechten op het enige dat aanvankelijk van waarde is, namelijk land). Ook in zijn beschouwingen over trust- en verbintenissenrecht neemt Zwalve het goederenrecht steeds als uitgangspunt. Voor de civilist is bijzonder dat het Romeinsrechtelijk onderscheid tussen *actiones in rem* en *actiones in personam* in het Engelse recht ook bekend is, maar daar niet zoals op het continent heeft geresulteerd in de tweedeling goederenrecht en verbintenissenrecht, maar in een tweedeling *binnen* het goederenrecht. Die tweedeling staat bekend als die tussen de *law of real property* en de *law of personal property*, waarbij het eerste handelt over onroerende en het tweede over roerende zaken. Beide onderdelen zijn berucht om hun gecompliceerdheid, het eerste vanwege de typische common law structuur (met een centrale plaats voor de *estates*) gebaseerd op het oude leenstelsel, het tweede omdat het grotendeels een ongeordend geheel is. Zwalve bespreekt beide op heldere wijze en weet diverse nuttige parallellen te leggen met het Romeinse

⁵¹ Zwalve, p. 49.

⁵² Zwalve, p. 377.

⁵³ Zwalve, p. 60 v.

⁵⁴ [1993] AC 593. Zie ook Reinhard Zimmermann, *Statuta sunt stricte interpretanda?*, Cambridge LJ 56 (1997), p. 315 v.

⁵⁵ Zwalve, p. 65 v. Zie bijv. B.S. Markesinis, *A Matter of Style*, in: dez., *Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis*, Oxford 1997, p. 126 v.

(en Germaanse) recht. De verschillen tussen civil law en common law blijken op dit vlak zeer groot.

Nu bestaat enige consensus dat de behoefte aan een geheel uniform Europees goederenrecht niet groot is. Art. 295 EG-Verdrag stelt bovendien dat het verdrag de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet laat. Voor zover het gaat om zekerheidsrechten is dit echter anders: de doelstelling van de Europese Unie om een gemeenschappelijke markt tot stand te brengen kan alleen goed worden gerealiseerd als er, behalve een enigszins uniform contractenrecht, ook een geharmoniseerd zekerhedenrecht bestaat. In de VS regelt Art. 9 van de *Uniform Commercial Code* dan ook een uniform zekerheidsrecht op roerende zaken. Zwolve stelt dat het niet zinvol is dat Engeland die regeling overneemt, maar dat wel juist hier behoefte bestaat aan een regeling op Europees supra-nationaal niveau.⁵⁶

Zwolve trekt in dit verband interessante parallellen tussen de Engelse en de continentale zekerheidsrechten op roerende zaken.⁵⁷ Zowel het Engels als het Romeins recht kennen van oudsher twee van dergelijke zekerheidsrechten: een 'bezitloze' variant (*hypotheca* en *mortgage* op een *chattel*) en een recht dat wordt gevestigd door bezitsverschaffing (pand of *pignus* en *pledge*). Identiek zijn *hypotheca* en *mortgage* echter niet, net zo min als het pandrecht van het *ius commune* identiek is aan het huidige Nederlandse vuistpand. Bij de Engelse *mortgage* wordt namelijk het eigendomsrecht op de zaak overgedragen aan de zekerheidsnemer met een plicht van wederinkoop voor de zekerheidsgever (dus enigszins vergelijkbaar met de fiduciaire eigendomsoverdracht), waar de Romeinse *hypotheca* 'slechts' een beperkt recht is. Anderzijds zijn de Romeinse *pignus* en de huidige Engelse *pledge* wel identiek, maar is ook hier sinds de grote codificaties een verschil opgetreden: onder meer art. 3:236 lid 1 BW eist dat de te verpanden zaak in de macht van de pandhouder moet worden gebracht, welke regel in het *ius commune* niet bestond. Zo kon het pandrecht constitutum possessorium worden gevestigd (met als praktisch resultaat dat weinig verschil meer bestaat met de *hypotheca*). Dat is naar huidig Engels recht nog altijd zo. Het beeld van het Engelse recht is echter pas compleet indien men ook de zogenaamde *charges* (zoals bijvoorbeeld de *floating charge*) er bij betreft. De *charges* zijn een uitvinding van *equity* en lijken nu juist weer op de Romeinse hypotheek omdat zij bij wijze van *trust* een recht in het leven roepen voor de crediteur indien diens debiteur hem heeft beloofd dat zijn vordering zal worden voldaan uit de opbrengst van (een deel van) zijn vermogen. Dat is dus weer wel een soort beperkt recht. Met name deze mogelijkheid om goederenrechtelijke rechten te creëren door gebruik te maken van een *trust* is een typische karaktertrek van het Engelse recht. Zwolve merkt dan ook terecht op dat dankzij de *trust* het gesloten common law stelsel van goederenrechtelijke rechten is opengebroken.⁵⁸

Niet het doel van Zwolve's boek is om na te gaan hoe een Europese regeling inzake zekerheidsrechten er uit moet zien. Toch offreert hij impliciet elementen daarvoor. De intentie om een zekerheidsrecht te vestigen⁵⁹ en een registratie of andere vorm van publiciteit (ook naar Engels recht sinds de Bills of Sale Act vereist) lijken elementen waar een toekomstig Europees zekerheidsrecht uit opgebouwd kan worden.

12. Na de bespreking van het Trustrecht in deel III – waaraan hier helaas niet verder aandacht kan worden geschonken – behandelt Zwolve uitgebreid het verbintenissenrecht. Terecht merkt hij op dat een algemeen verbintenissenrecht in Engeland ontbreekt en dat de Law of Torts, Law of Contract en Law of Restitution zich onafhankelijk van elkaar hebben ontwikkeld vanwege de daartussen bestaande praktische verschillen. Waar de aansprakelijkheid bij Torts in het Engelse

⁵⁶ Zwolve, p. 274.

⁵⁷ Zwolve, p. 250 v.

⁵⁸ Zwolve, p. 379.

⁵⁹ Naar Nederlands recht sinds HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 (Sogelease) weer belangrijker dan voorzien door de wetgever.

recht (en hetzelfde gold voor het Romeinse recht bij delict) vaak (tot 1934) niet passief kon vererven en in beginsel niet overdraagbaar is omdat zij in essentie een *poenale* aansprakelijkheid is, is de contractuele vordering wel overdraagbaar. Zoals Zwolve het zegt: 'De "law of torts" bevindt zich, evenals het Romeinse delictenrecht, op het snijpunt van strafrecht en burgerlijk aansprakelijkheidsrecht, terwijl het moderne continentale delictuele aansprakelijkheidsrecht een integraal onderdeel van het vermogensrecht uitmaakt.'⁶⁰ Algemene beginselen van verbintenissenrecht zijn in het Engels recht dan ook niet ontwikkeld. Ook hier besteedt Zwolve geen aandacht aan de meest recente ontwikkelingen. Een *Law of Obligations* lijkt namelijk ook in Engeland (althans aan de academie) langzaam tot ontwikkeling te komen. Dit blijkt uit diverse recent verschenen boeken.⁶¹

Een vondst vind ik het om de Engelse torts te vergelijken met de delictsomschrijvingen uit het Wetboek van Strafrecht:⁶² zolang het gedrag van de laedens niet in het keurslijf van een specifieke tort kan worden gedwongen, blijft het slachtoffer in het Engelse actiënstelsel met lege handen. Dit is ook het systeem van het klassieke Romeinse recht, maar dat werd in het continentale *ius commune* verdrongen door Hugo de Groot's natuurrechtelijke *Generalklausel* dat *iedere* onrechtmatige daad tot schadevergoeding verplicht.⁶³ Juist op dit terrein blijkt dus van de nauwe parallel tussen Engels en Romeins recht, zij het dat de invloed van de 'nieuwe' tort *negligence* met zijn algemene *duty of care* na *Donoghue v. Stevenson*⁶⁴ (door Zwolve vergeleken met ons *Lindenbaum/Cohen*) niet moet worden onderschat.

13. In het licht van de PECL is het het meest interessant om kennis te nemen van Zwolve's beschouwingen over het Engelse contractenrecht. Dat kreeg een continentaal stempel in de negentiende eeuw, toen de leer van wilsovereenstemming en van aanbod en aanvaarding vanuit continentaal Europa werd getransplanteerd naar Engeland. Zo beleefde de Engelse vertaling van Pothier's *Traité des Obligations* vele drukken. In no. 7 somde ik al enkele nog steeds bestaande verschillen op tussen Engels recht en civil law. Zwolve bespreekt die verschillen ook en vertelt daarbij veel over de historische achtergrond. Wie leest over de oorsprong van de consideration-leer⁶⁵ en van de leer van *absolute contracts*⁶⁶ wordt doordrongen van de lange ontstaansgeschiedenis en structuur van de Engelse regels; eens te meer realiseert men zich dan dat het onmogelijk is om in de common law (met zijn *reasoning from case to case*) op dezelfde manier om te gaan met beginselen als in de civil law. Een verandering van mentaliteit van hetzij de civil law, hetzij de common law juristen lijkt daartoe vereist. En dan verbaast het weer dat in de PECL de Engelse consideration-leer verdwenen is zonder dat daar enige rechtvaardiging voor gegeven wordt.⁶⁷

Zwolve's beschrijving van het Engels contractenrecht is zeer lezenswaardig en grotendeels adequaat. Ik veroorloof mij enkele kleine kanttekeningen. Zo schrijft Zwolve⁶⁸ dat aan de eis van consideration ontkomen kan worden door de overeenkomst in de vorm van een *deed* te gieten. Dat is juist, maar voor die *deed* is - anders dan Zwolve schrijft - niet langer een *seal* nodig. Sinds de Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1989 is een schriftelijk stuk dat partijen in

⁶⁰ Zwolve, p. 385.

⁶¹ Ik noem John Cooke/David Oughton, *The Common Law of Obligations*, London 1989 (nu 3rd ed. 2000); Peter Birks (ed.), *The Classification of Obligations*, Oxford 1997 en D.J. Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford 1999.

⁶² Zwolve, p. 384 en 389.

⁶³ *De Iure Belli ac Pacis* II, 17, 1.

⁶⁴ [1932] AC 562.

⁶⁵ Zwolve, p. 467 v.

⁶⁶ Zwolve, p. 512 v.

⁶⁷ Art. 2:101 rept van totstandkoming van de overeenkomst door wilsovereenstemming 'without any further requirement'.

⁶⁸ Zwolve, p. 449.

aanwezigheid van getuigen als *deed* hebben opgesteld voldoende. Dat de consideration-eis 'iets geheel anders'⁶⁹ is dan de oorzaak-eis wil ik ook betwisten. Naar mijn oordeel - en ook naar dat van Zimmermann⁷⁰ - is er nu juist een belangrijke historische parallel omdat beide vereisten hebben gediend om het aantal bindende overeenkomsten in te perken. Ik ben het overigens eens met Zwolve dat de consideration-eis in het Engelse recht minder belangrijk is geworden door de opkomst van de *promissory estoppel*.⁷¹ Zwolve's beschrijving van de leer van *privity of contract*⁷² is helaas achterhaald door de invoering (in 2000) van de Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999.

Zwolve's beschrijvingen leggen bloot dat de onderliggende 'rechtsculturele' verschillen tussen civil law en common law ook op het vlak van het contractenrecht - ondanks ogenschijnlijke parallellen - groot zijn. Het toenemende belang van beginselen in het Engelse recht doet daar niet aan af. Overigens is die invloed van abstrahering het laatste decennium het grootst op het terrein van het verrijktingsrecht. Onder de directe invloed van auteurs als Goff (tevens rechter) en Birks, heeft de House of Lords de gedachte dat niemand ongerechtvaardigd mag worden verrijkt ten koste van een ander als *beginsel* aanvaard.⁷³ Zwolve bespreekt dit verrijktingsrecht in het laatste deel van zijn boek.⁷⁴

14. Zwolve's boek is zonder twijfel de beste introductie in de common law in het Nederlandse taalgebied. Het werk is zeer goed leesbaar en didactisch verantwoord: alle tekst is van voorbeelden en moeilijker passages zijn van samenvattingen voorzien. Het lastige trustrecht wordt bijvoorbeeld afgesloten met een beschouwing over de Diplock affaire, waarin alle lijnen uit het voorafgaande nog eens worden samengebracht. Dat alles, naast Zwolve's vaak beeldend spraakgebruik, verraadt de vermaarde docent die Zwolve is.

Ik vind het wel jammer dat Zwolve zich heeft beperkt tot een 'klassieke' weergave van de common law. De aandacht voor recente tendensen van convergentie tussen civil law en common law is spaarzaam. Weinig aandacht is er ook voor de gemengde rechtsstelsels (zoals dat van Schotland en Zuid-Afrika) die naar algemene opvatting de weg kunnen wijzen naar een toekomstig Europees privaatrecht. De lijsten van aanbevolen literatuur beperken zich tot de klassieke werken en dan nog eens enkel tot boeken. Afwijkende meningen komen bijna niet aan de orde. Dat maakt het werk minder geschikt als ingang voor rechtsvergelijkend onderzoek. Voor studenten die een eerste Nederlandstalige introductie in de common law wensen, is het boek echter zeer welkom.

Op zoek naar een Europese taal voor juristen

14. De twee hier besproken talen waarmee juristen in Europa met elkaar kunnen communiceren zijn door mij in het voorafgaande betrekkelijk kritisch bejegend. Zowel Europese beginselen als het Romeins recht hebben als manco dat met name het Engelse recht moeite heeft om zich daarin te herkennen. Dat is precies waar ook een belangrijk deel van de discussie over een toekomstig Europees privaatrecht over gaat. Zeker is het mogelijk om aan de Europese rechtsstelsels gemeenschappelijke beginselen te formuleren. Zeker ook kan de civil law worden ontleed in *cases*, zodat die toegankelijk wordt gemaakt voor de Engelse jurist. Maar de vraag is of daarmee beide

⁶⁹ Zwolve, p. 467.

⁷⁰ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, Cape Town 1990, p. 546 v.

⁷¹ Zwolve, p. 483 v.

⁷² Zwolve, p. 556 v.

⁷³ Zie *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.* [1991] 2 AC 548.

⁷⁴ Op p. 588 noemt hij de zaak van *The Goring* [1988] AC 831, doch stelt ten onrechte dat de House of Lords de regels over *salvage* van toepassing verklaarde zodat de eigenaar van het geredde schip bergingsloon moest betalen. Dit was nu juist niet zo omdat het schip zich in 'non-tidal inland water' bevond.

rechtstradities afdoende worden omschreven. Die discussie zal in de komende jaren nog uitgebreid worden gevoerd.